

Too Big to Fail (TBTF): Gestern, heute – und morgen?

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung
Universität Bern
Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)
Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

- I. Vorbemerkungen
- II. Wirtschaftsordnungsalternativen
- III. Konzeptionelle Aspekte
- IV. Nationale Umsetzungen
- V. Internationale Umsetzungen
- VI. Schlussbemerkungen

Vorbemerkungen

1. Persönliche Krisenbetroffenheit...



Vorbemerkungen

2. Frühere Banken Krisen



Vorbemerkungen

3. Ground Zero: Finanz- bzw. Bankenkrise 2007/2008 (USA)



Vorbemerkungen

3. Ground Zero: Finanz- bzw. Bankenkrise 2007/2008 (CH)



Vorbemerkungen

4. Wissenschaftliche Auseinandersetzung (vgl. Beilage 1)



Wirtschaftsordnungsalternativen

1. Zentralverwaltungs- bzw. Planwirtschaften



Bundesarchiv, Bild 183-R1029-030
Foto: Koard, Peter | 29. Oktober 1976

Wirtschaftsordnungsalternativen

2. Marktwirtschaften («Survival of the Fittest»)



3. Hoheitliche Absicherungsmöglichkeiten

➤ *Direkte Staatsgarantien*

Der *Konkurs* eines Unternehmens (z.B. einer Bank) hat eine *disziplinierende Funktion*, die durch eine direkte Staatsgarantie gefährdet wird; Konkurs soll aber ausgeschlossen werden, wenn das Unternehmen volkswirtschaftlich unerlässliche Aufgaben wahrnimmt; zentrales Beispiel aus der Finanzbranche sind die *Kantonalbanken*; gewisse KB haben keine Staatsgarantie mehr (z.B. BEKB), bei der Mehrheit gibt es nach wie vor Garantien (als Institutsgarantie oder als Ausfallgarantie).

➤ *Indirekte Staatsgarantien*

Gewisse Unternehmen sind «zu gross» oder «zu wichtig» oder «zu verbunden» mit der Volkswirtschaft, so dass der Staat sie nicht untergehen lassen will/soll/kann; es gibt *keine Garantie i.e.S.*, doch es wird zumindest *vermutet*, dass der Konkurs staatlich verhindert werden würde, insofern liegt eben eine indirekte Staatsgarantie vor; die (ehemalige) Qualifikation als TBTF stellte – ohne Rechtsgrundlage – eine solche «Garantie» dar.

Konzeptionelle Aspekte

1. Grundverständnis

➤ ***TBTF: Too Big to Fail***

Es geht um *systemrelevante Unternehmen*, deren Untergang die *Volkswirtschaft nachhaltig schädigen* könnte; die Systemrelevanz kann sich z.B. aus ihrer Grösse oder ihrer Verbundenheit mit anderen Unternehmen ergeben; der Staat lässt solche Unternehmen *nicht in Konkurs* fallen, sondern versucht, sie – wie auch immer («bail out» etc.) – zu «retten» (allenfalls mit Steuergeldern).

➤ ***TBTBR: Too Big to Be Rescued***

Bei *TBTBR Unternehmen* geht es um *TBTF Unternehmen*, die *nicht gerettet werden könn(t)en*, und zwar selbst für den Fall nicht, dass der Staat dies versucht; dieses Problem könnte sich stellen, wenn ein *TBTF Unternehmen* «zu übermächtig» oder in Relation der *Staat* «zu schwach» wäre; in diesem Zusammenhang müssen Massnahmen getroffen werden, die das Scheitern frühzeitig verhindern oder eine Abwicklung zulassen – ansonsten braucht es *Verbote* oder «Aufspaltungen».

2. Schutzmechanismen gegen TBTF

➤ **Prävention**

Q: Wie kann *verhindert* werden, dass ein TBTF Unternehmen überhaupt in die Krise bzw. in Konkursgefahr geraten kann? A: *Eigenkapital + Liquidität + Risikomanagement*.

➤ **Sanierung**

Q: Wie kann ein TBTF Unternehmen vor Konkurs bewahrt und *saniert* werden? A: z.B. «CoCos» («Contingent Convertible Bonds» bzw. Pflichtwandelanleihen).

➤ **Abwicklung**

Q: Wie ist – wenn Prävention sowie Sanierung nicht erfolgreich waren – ein *Konkurs abzuwickeln* (insbesondere bei «*Rettung der systemrelevanten Teile*»)? A: z.B. *Notfallpläne* und «Living wills».

➤ **Strafverfolgung?**

3. Betroffene Wirtschaftszweige

➤ ***Finanzbranche***

Bei TBTF steht die Finanzbranche traditionellerweise im Fokus; dabei geht es in erster Linie um *Banken*; beim Stichwort «AIG» wurde klar, dass *Versicherungen* ebenfalls bedeutsam sind – dies trifft international zwar zu, doch nicht in der Schweiz.

➤ ***Infrastrukturen***

Schweiz: Art. 22 ff. FinfraG – notabene Infrastrukturen in der *Finanzbranche*...

➤ ***Weitere Branchen?***

Rechtspolitik dominiert – Beispiel in den *USA*: Automobilindustrie; *Schweiz*: z.B. *Energiekonzerne* (konkret: Alpiq und Axpo); vgl. Anhang 5 der «Expertengruppe Brunetti» («Systemstabilität in nicht vom Schweizer TBTF-Regime betroffenen Bereichen»); Gretchenfrage: Würde die Eidgenossenschaft tatsächlich beispielsweise *Novartis* oder *Nestlé* in Konkurs gehen lassen?

Nationale Umsetzungen

1. Übersicht

➤ **Bankrecht**

z.B. Art. 7 ff. BankG sowie Art. 60 ff. BankV (vgl. Beilage 2)

➤ **Finanzmarktinfrastrukturrecht**

z.B. Art. 22 ff. FinfraG sowie Art. 20 f. FinfraV (vgl. Beilage 3)

Nationale Umsetzungen

Bankrecht

- **Fünfter Abschnitt:⁷Systemrelevante Banken**

- **Art. 7 Begriff und Zweckbestimmung**

¹ Systemrelevante Banken sind Banken, Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde.

² Die Bestimmungen dieses Abschnitts bezwecken, im Zusammenwirken mit den allgemein anwendbaren bankenrechtlichen Vorschriften die von systemrelevanten Banken ausgehenden Risiken für die Stabilität des schweizerischen Finanzsystems zusätzlich zu vermindern, die Fortführung volkswirtschaftlich wichtiger Funktionen zu gewährleisten und staatliche Beihilfen zu vermeiden.

Nationale Umsetzungen

TBTF-Banken in der Schweiz



2. Systemrelevante Banken

➤ **Qualifikation: FINMA und SNB**

Art. 10 BankG, heute *fünf Bankkonzerne*: UBS + Credit Suisse + ZKB + Raiffeisen + PostFinance.

➤ **Legaldefinition: Art. 7 f. BankG**

Ausfall würde CH Volkswirtschaft/CH Finanzsystem *erheblich schädigen* (Art. 7 Abs. 1 BankG); Funktionen sind systemrelevant, wenn unverzichtbar und nicht kurzfristig substituierbar, nämlich etwa *inländisches Einlagen- und Kreditgeschäft* sowie *Zahlungsverkehr* (Art. 8 Abs. 1 BankG); Kriterien sind v.a. Grösse (Marktanteile, Bilanzsumme etc.) und Vernetzung (Art. 8 Abs. 2 BankG).

➤ **Sonderregime für TBTF Banken**

Art. 9 BankG: «besondere Anforderungen» – *Prävention* (Eigenmittel, Liquidität sowie Risiken: Art. 9 Abs. 2 lit. a – lit. c BankG) + *Abwicklung* (Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG).

Finanzmarktinfrastrukturrecht

- Art. 22 Systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen und Geschäftsprozesse

¹ Zentrale Gegenparteien, Zentralverwahrer und Zahlungssysteme sind systemisch bedeutsam, wenn:

- a. ihre Nichtverfügbarkeit, namentlich aufgrund technischer oder operationeller Probleme oder finanzieller Schwierigkeiten, zu schwerwiegenden Verlusten, Liquiditätsengpässen oder operationellen Problemen bei Finanzintermediären oder anderen Finanzmarktinfrastrukturen führen oder schwerwiegende Störungen an den Finanzmärkten zur Folge haben kann; oder
- b. Zahlungs- oder Lieferschwierigkeiten einzelner Teilnehmer über sie auf andere Teilnehmer oder verbundene Finanzmarktinfrastrukturen übertragen werden können und bei diesen zu schwerwiegenden Verlusten, Liquiditätsengpässen oder operationellen Problemen führen oder schwerwiegende Störungen an den Finanzmärkten zur Folge haben können.

² Ein Geschäftsprozess einer Finanzmarktinfrastruktur nach Absatz 1 ist systemisch bedeutsam, wenn:

- a. seine Nichtverfügbarkeit zu schwerwiegenden Verlusten, Liquiditätsengpässen oder operationellen Problemen bei Finanzintermediären oder anderen Finanzmarktinfrastrukturen führen oder schwerwiegende Störungen an den Finanzmärkten zur Folge haben kann; und
- b. die Teilnehmer den Geschäftsprozess kurzfristig nicht substituieren können.

3. Systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen

➤ **Regelung vergleichbar mit Bankrecht**

Systemrelevanz umschrieben in *Legaldefinition* gemäss Art. 22 FinfraG (z.B. *fehlende kurzfristige Substituierbarkeit*: Art. 22 Abs. 2 lit. b FinfraG).

➤ **Ausgewählte Fragestellungen**

Besondere Anforderungen (Art. 23 FinfraG) + *Stabilisierungs- und Abwicklungsplanung* (Art. 24 FinfraG) für Finanzmarktinfrastrukturen.



Internationale Umsetzungen

1. Internationale Organisationen

➤ **Financial Stability Board (FSB)**

- Überwachung des globalen Finanzsystems;
- Erlass von internationalen Regulationsstandards und Empfehlungen für Best Practices.

➤ **Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ)**

- Forum für internationale Zusammenarbeit in Geld- und Finanzfragen;
- Überwachung der globalen Finanzpolitiken;
- Träger von zahlreichen Fachausschüssen und – gremien (z.B. Basler Ausschuss → Basel III Rahmenwerk).

➤ **Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung**

- Analyse der Wirtschaftsentwicklung der Mitgliedsländer;
- Ausarbeitung von Empfehlungen im Bereich der Finanzpolitik;
- Internationale Informations- und Austauschplattform.

2. Ausgewählte Staaten/Organisationen

➤ **Vereinigte Staaten von Amerika**

- Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act (seit 21. Juli 2010 in Kraft);
- «Volcker Rule» (6. Titel des Dodd-Frank Act):
 - Verbot des Eigenhandels
 - Verbot der Investition in und Finanzierung von Fonds
 - Compliance-, Berichts- und Aufbewahrungspflichten
- Umsetzung der Finanzierungskennziffer (NSFR).

➤ **Europäische Union**

- Bankenunion (3-Säulen-Prinzip):
 - Einheitlicher Aufsichtsmechanismus;
 - Einheitlicher Abwicklungsmechanismus;
 - Europäisches Einlagensicherungssystem.
- Einheitliches Regelwerk;
- Europäisches System der Finanzaufsicht (ESFS).

Schlussbemerkungen

1. Rechtspolitische Aktivitäten

Schlussbericht der «*Expertengruppe Brunetti*» (2014): Anhang 4 («Überprüfung des Schweizer TBTF-Regimes im internationalen Vergleich»); Entwicklungen in der Schweiz im Jahr 2016: Auseinandersetzung zum *Umfang der Reserven* sowie *Evaluation* gemäss Art. 52 BankG.

2. Mängel

Es gibt *nicht einfach* «richtig» oder «falsch» bei den besonderen Anforderungen zu TBTF (z.B. im Hinblick auf Eigenkapitalausstattung; umso wichtiger erscheint deshalb ein schlüssiges Abwicklungsprozedere, das heute noch fehlt (*Peter V. Kunz*, Gesetzliche Notfallplanungen für Grossbanken, FuW Nr. 76 [2013] 2; vgl. Beilage 4); m.E. wäre ein «*TBTF Gesetz*» sinnvoll.

3. Risiken von «Swiss Finishes»?

Schweiz ist teils (zu) «nachsichtig» (z.B. betreffend nicht erfasste Versicherungen), teils (zu) «streng» (umstritten: Eigenmittel), was zu einem Konkurrenznachteil führen könnte; aber: TBTF Grossbanken sind in *keinem anderen Land* ähnlich gefährlich für die eigene Volkswirtschaft...

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch